

Honorables Magistrados
Corte Constitucional
Sala Plena
Ciudad

Acción	Acción Pública de Inconstitucionalidad
Demandante	Héctor Riveros Serrato
Normas demandadas	Numeral 4º del Artículo 85 de la Ley 222 de 1995
Normas constitucionales violadas	Artículos 58, 83, 150-8, 189-24, 333 y 334 de la Constitución Política de 1991

HÉCTOR RIVEROS SERRATO, identificado con cédula de ciudadanía 19.445.020 de Bogotá, en mi condición de ciudadano y en ejercicio del derecho a interponer acciones públicas en defensa de la Constitución, elevo la presente **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra el **NUMERAL 4 DEL ARTÍCULO 85 DE LA LEY 222 DE 1995** por resultar contrario a los artículos 58, 83, 333 y 334 de la Constitución Política de 1991 de conformidad con los siguientes fundamentos:

I. NORMA DEMANDADA

LEY 222 DE 1995
(Diciembre 20)

"Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones."

EL CONGRESO DE COLOMBIA,
DECRETA:

(...)

Artículo 85. CONTROL. *El control consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad comercial no vigilada por otra*

superintendencia, cuando así lo determine el Superintendente de Sociedades mediante acto administrativo de carácter particular.

En ejercicio del control, la Superintendencia de Sociedades tendrá, además de las facultades indicadas en los artículos anteriores, las siguientes: (...)

4. Ordenar la remoción de los administradores, Revisor Fiscal y empleados, según sea el caso, por incumplimiento de las órdenes de la Superintendencia de Sociedades, o de los deberes previstos en la ley o en los estatutos, de oficio o a petición de parte, mediante providencia motivada en la cual designará su reemplazo de las listas que elabore la Superintendencia de Sociedades. La remoción ordenada por la Superintendencia de Sociedades implicará una inhabilidad para ejercer el comercio, hasta por diez (10) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo correspondiente.

A partir del sometimiento a control, se prohíbe a los administradores y empleados la constitución de garantías que recaigan sobre bienes propios de la sociedad, enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios sin autorización previa de la Superintendencia de Sociedades. Cualquier acto celebrado o ejecutado en contravención a lo dispuesto en el presente artículo será ineficaz de pleno derecho.

El reconocimiento de los presupuestos de ineficacia previstos en este artículo será de competencia de la Superintendencia de Sociedades de oficio en ejercicio de funciones administrativas. Así mismo, las partes podrán solicitar a la Superintendencia su reconocimiento a través del proceso verbal sumario” (negrilla fuera de texto)

II. NORMAS CONSTITUCIONALES VULNERADAS

Las normas constitucionales que se consideran vulneradas en el presente caso son:

ARTICULO 58. *Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social,*

resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.

ARTÍCULO 83. *Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.*

ARTÍCULO 150. *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*

8. Expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución.

ARTÍCULO 189. *Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:*

24. Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles.

ARTICULO 333. *La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.*

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

ARTICULO 334. *La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.*

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones

judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

PARÁGRAFO. *Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.*

III. CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

3.1. ALCANCE DEL PRECEPTO NORMATIVO DEMANDADO.

Con el propósito de determinar con plena certeza las proposiciones jurídicas que se derivan de la norma demandada, resulta pertinente identificar y señalar cada una de las reglas de esta:

1. El numeral 4 del Artículo 85 de la Ley 222 de 1995 faculta a la Superintendencia de Sociedades para adoptar una medida extrema en el marco de las atribuciones de inspección, vigilancia y control consistente en la remoción de administradores, revisores fiscales y empleados de cualquier sociedad comercial que no esté vigilada por otra superintendencia. Es la figura denominada “toma de posesión” que consiste en que el Estado, a través de un agente designado para ello asume la administración, en este caso, de una sociedad.
2. La misma disposición define como causales para adoptar esta medida las siguientes: (i) el incumplimiento de las órdenes de la Superintendencia de Sociedades, (ii) el incumplimiento de los deberes de ley y (iii) el incumplimiento de los estatutos. Son causales genéricas, sin ningún criterio de gradualidad o progresividad, con lo que una interpretación extrema permitiría afirmar que cualquier incumplimiento podría dar lugar al decreto de “toma de posesión”.

Como se desprende de la simple lectura de la norma se trata de un grado de intervención máximo, de naturaleza sancionatorio, que despoja a los propietarios de una sociedad, al menos transitoriamente, de los elementos esenciales de ese derecho como son el uso, el goce y la disposición de los bienes, los cuales son asumidos por el administrador estatal designado.

La honorable Corte deberá entonces resolver si una facultad de semejante naturaleza, habilitada con causales genéricas, con las consecuencias que de ella se derivan cumple con el estándar de protección constitucional del derecho de propiedad y de la libertad económica establecido en la Carta Política.

3.2. PRIMER CARGO. SE VULNERA EL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA Y SU DEBER DE PROTECCIÓN ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 58 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, AL PERMITIR LA REMOCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES Y DESIGNACIÓN DE SU POSTERIOR REEMPLAZO POR PARTE DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES SOBRE CUALQUIER SOCIEDAD MERCANTIL.

3.2.1. Parámetro de control constitucional

La protección de la propiedad privada es una garantía de especial relevancia constitucional a tal punto que desde el artículo 2º superior, ésta se define como un fin esencial del Estado. La norma constitucional expresamente obliga a las autoridades a proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes, entre otros derechos.

En este marco, el artículo 58 constitucional se estructura como el eje esencial a partir del cual se construye el parámetro de control bajo el cual debe ser analizada la norma demandada y las reglas o preceptos jurídicos que de ella se desprenden. La citada disposición establece que *“se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”*. Este es un derecho consagrado no sólo por la Carta, sino por el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que señala que: *“1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”*.

La jurisprudencia ha señalado que este derecho se compone de actos tanto materiales como jurídicos, los cuales permiten a su titular aprovechar dicho derecho a través de los beneficios de sus atributos: el uso, el goce y la disposición. Así, el **derecho a usar** se entiende como “*la facultad que le asiste al propietario de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pueda rendir*”¹. El **gocce** se expresa “*en la posibilidad del dueño de recoger todos los productos que acceden o se derivan de su explotación*”²; por último, el **derecho a disponer** “*consiste en el reconocimiento de todas aquellas facultades jurídicas que se pueden realizar por el propietario y que se traducen en actos de disposición o enajenación sobre la titularidad del bien*”³.

Además de los atributos de la propiedad que deben ser garantizados en su pleno ejercicio, la jurisprudencia constitucional ha identificado las siguientes características del derecho a la propiedad privada las siguientes:

1. “(...) es un derecho pleno, porque le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos.
2. (...) es un derecho exclusivo, puesto que el propietario puede oponerse a la intromisión de un tercero en su ejercicio.
3. (...) es un derecho perpetuo, dado que dura mientras persista el bien sobre el cual se incorpora el dominio y, además, no se extingue -en principio- por su falta de uso.
4. (...) es un derecho autónomo, pues su existencia no depende de otro derecho principal.
5. (...) es un derecho *prima facie* irrevocable, habida cuenta de que su extinción o transmisión depende por lo general de la propia voluntad de su propietario y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercer.

¹ C-133 de 2009

² C-020 de 2023

³ C-189 de 2006

6.(...) es un derecho real, pues es “un poder jurídico que se otorga sobre una cosa”⁴.

Resulta importante hacer una breve alusión a lo que se ha entendido como “bien” en tanto es el concepto sobre el cual recae el derecho en cuestión. La jurisprudencia constitucional recientemente ha reiterado que éste se comprende en un sentido amplio, por lo que incluye “*todas las cosas apropiables, los derechos que forman parte del patrimonio de una persona y, en general, todo objeto material o inmaterial “susceptible de valor”*”⁵.

Así pues, el derecho constitucional a la propiedad exige la mayor protección y garantía por parte de las instituciones del Estado, que le permita al titular gozar, usar, disponer, oponerse a cualquier intromisión y ejercerlo libre y autónomamente. Esta es la premisa básica y fundamental del derecho y la garantía establecida en el artículo 58 constitucional.

Ahora bien, la Constitución colombiana también la define como una función social que implica obligaciones, e incluso dispone las razones por las cuales el Estado puede decretar una expropiación o la extinción del dominio afectaciones que deben responder a finalidades, necesidades de especial relevancia constitucional y previo el cumplimiento de procedimientos llenos de garantías, que incluso exigen la intervención de los tres poderes públicos.

La expropiación sólo puede ocurrir cuando: (i) existen motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, (ii) exista una decisión administrativa que particularice el bien objeto de la misma, (iii) se decrete mediante sentencia judicial y iv) se reconozca y pague una indemnización previa^{6,7}

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-020 de 2023.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-020 de 2023.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-750 de 2015.

⁷ Ver Corte Constitucional. Sentencia C-189 de 2006: “*la Constitución prescribe que a la propiedad le corresponde cumplir funciones sociales y ecológicas que además de ser inherentes al reconocimiento del citado derecho conducen a la imposición de obligaciones que legitiman su ejercicio. En desarrollo de estas máximas, el Constituyente le otorgó al Estado la posibilidad de **decretar expropiaciones por motivos de utilidad pública o de interés social** previamente definidos por el legislador, por vía administrativa o mediante sentencia judicial, siempre que se reconozca el **pago de una indemnización** a la persona privada de su derecho con arreglo a la ley (C.P. art. 58). Igualmente, la Carta Política reconoce que se podrá declarar **extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social** (C.P. art. 34).*”

Ha sido enfática la jurisprudencia de la Corte Constitucional al señalar que la limitación o incluso afectación total del derecho a la propiedad debe responder “*al cumplimiento de deberes constitucionales estrechamente vinculados con la noción de Estado Social de Derecho, por ejemplo la protección al medio ambiente, la salvaguarda de los derechos ajenos, la promoción de la justicia y la equidad y el interés general prevalente (...) Esa labor [la restricción del derecho] debe realizarse en el marco de un procedimiento que respete los requisitos establecidos en la Constitución para privar del derecho de propiedad a una persona*”⁸.

En síntesis, el derecho a la propiedad privada y su garantía se encuentra determinado por el artículo 58 superior e incluso, la Carta Política cataloga su protección como un fin esencial del Estado (Art. 2º). Este derecho implica que el titular pueda (i) usar (aprovecharse de los servicios que pueda rendir), (ii) gozar (recoger los productos de su explotación), (iii) disponer (hacer uso de las facultades jurídicas), (iv) oponerse a intromisiones y (v) ejercerlo libremente.

Al igual que cualquier derecho, su ejercicio se debe adelantar de conformidad con la ley, está sometido a las cargas derivadas de su función social y ecológica, a las limitaciones restricciones y condiciones que le imponga el legislador para proteger derechos de terceros y a las que se deriven de los instrumentos de intervención del estado en la economía habilitados para proteger intereses constitucionalmente relevantes. Sin embargo, su afectación total -incluso temporal- es una situación excepcional que sólo está prevista constitucionalmente para el caso de guerra exterior (art. 59 C.P.) y se ha derivado jurisprudencialmente de los deberes estatales de protección de la economía y de garantía de continuidad en la prestación de servicios públicos esenciales.

El ejercicio del derecho a la propiedad y la excepcional limitación o afectación del mismo, estructura el parámetro de control objeto de análisis frente a la norma demandada.

3.2.2. Vulneración específica y pertinente del numeral 4º del artículo 85 de la ley 222 de 1995.

Teniendo en cuenta que la norma demandada se encuentra en el marco de la institución de “control”, resulta determinante hacer una breve mención al desarrollo

⁸ Ibidem.

jurisprudencial que ha tenido esta función con el fin de enmarcar la vulneración precisa que se presenta por parte de la misma.

La Corte Constitucional ha señalado que *“el **control** en estricto sentido se refiere a la posibilidad del ente que ejerce la función de ordenar correctivos, que pueden llevar hasta la revocatoria de la decisión del controlado y la imposición de sanciones. Como se puede apreciar, la inspección y la vigilancia podrían clasificarse como mecanismos leves o intermedios de control, cuya finalidad es detectar irregularidades en la prestación de un servicio, mientras el control conlleva el poder de adoptar correctivos, es decir, de incidir directamente en las decisiones del ente sujeto a control”*⁹.

Esta es, sin duda, una de las figuras de mayor intensidad a través de la cual el Estado ejerce intervención en la economía. Por tanto, como se hará énfasis en los acápites 3.4. y 3.5. de la presente demanda, sólo puede ser utilizada cuando se persiga una finalidad constitucional relevante, sea estrictamente necesaria y se adelante de manera razonable y proporcional.

Lo anterior implica que el ejercicio del control por parte de las entidades del Estado no se ejerce únicamente a través de una medida o tipo de acciones. Este puede darse en diferentes formas, aunque todas dentro de un grado de intensidad elevado propio del “control”.

Bajo esta lógica, se presenta el artículo 85 de la ley 222 de 1995 que faculta a la Superintendencia de Sociedades para que en el marco del ‘control’, *“ordene los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad comercial”*. Los “correctivos” se pueden agrupar en diferentes mecanismos como los señalados en los numerales del mismo artículo en mención. Estos van desde la promoción de planes de mejora (numeral 1º) hasta la remoción de administradores, revisores fiscales o empleados, como lo señala el numeral 4º de la norma objeto de estudio.

La función principal de los administradores es llevar a cabo la gestión y dirección de la sociedad en el marco de su actividad mercantil, son quienes llevan a cabo la toma de decisiones frente a las operaciones diarias de los negocios y ejercen los actos de disposición de acuerdo con sus facultades o las disposiciones estatutarias cuando se

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-165 de 2019.

trata de sociedades. De conformidad con el artículo 22 de la ley 222 de 1995, son administradores: *“el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivo”*.

La designación de los administradores y la definición de sus facultades son manifestaciones propias del derecho de propiedad que se irradian en la totalidad de sus atributos, porque finalmente en ellos recae la capacidad legal y administrativa para tomar decisiones relativas al uso, goce y disposición de los bienes a su cargo.

En este sentido, la Corte Constitucional ha sido enfática en afirmar que *“del catálogo de facultades y deberes de los administradores se infiere que la naturaleza de la vinculación jurídica que se establece entre la sociedad y sus administradores, comporta **un amplio poder de disposición y manejo sobre los bienes e intereses de la sociedad, que genera a su vez una especial relación de confianza**”*¹⁰ (Subrayado y negrilla fuera del original).

Derivado de ese vínculo jurídico de confianza que se crea con los administradores, resulta propicio hacer mención a la facilidad, ausencia de formalismo o libertad de configuración que el legislador le permitió a los socios para establecer las reglas de la remoción de los mismos.

*“El régimen flexible establecido por el legislador, que posibilita la libre remoción de los administradores y representantes legales de las sociedades comerciales, se contempla **como una garantía para los propios asociados**, que aparece reforzada con la previsión de la ineficacia de las cláusulas que tiendan a establecer la inamovilidad, y las que exijan para la remoción mayorías especiales distintas de las comunes, toda vez que la ley mercantil **reconoce autonomía a las sociedades para estipular en el contrato social el régimen que adoptará para la administración y representación de la sociedad y a falta de estipulación, reconoce unas amplias facultades de gestión y representación a los administradores, además que la designación de estas personas está fundada en la confianza depositada** no solamente en razón a las calidades profesionales y gerenciales del elegido, sino que reposa de manera prevalente, en las condiciones éticas del mismo, que garanticen la lealtad en el manejo de los intereses de los asociados”*¹¹.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-384 de 2008.

¹¹ Ibídem.

De lo mencionado hasta el momento, se puede colegir:

1. El control es la forma más gravosa e intensa de intervención en una sociedad, el cual, incluso, se puede ejercer mediante diferentes medidas o acciones que en sí mismas, también pueden ser catalogadas en diferentes grados de intensidad.
2. El numeral 4º del artículo 85 de la ley 222 de 1995, establece la medida de control más gravosa, la remoción de administradores, revisores fiscales y empleados. Así como la designación directa de sus reemplazos por parte de la Superintendencia de Sociedades.
3. Los administradores de las sociedades tienen plenas y amplias facultades de gestión, y representación para el giro y manejo de los negocios y la disposición de los bienes de la sociedad.
4. La relación de los administradores con la sociedad y sus socios, se fundamenta en un vínculo de confianza debido a las amplias funciones que éstos ejercen. Por tal motivo, su designación le corresponde a éstos y el ordenamiento jurídico le reconoce amplio margen de discrecionalidad para establecer las reglas de su remoción. Lo anterior, se configura como una garantía para los asociados.
5. La remoción de los administradores de la sociedad y la consecuente designación de un agente estatal para sustituirlo priva -así sea transitoriamente- a los socios de una sociedad del ejercicio del derecho de propiedad sobre la misma, sin que exista justificación ni autorización constitucional para hacerlo.

La violación al parámetro constitucional de la protección y garantía de la propiedad privada se estructura al menos en tres vías, para el caso concreto en que la Superintendencia de Sociedades ejerza la potestad establecida en la norma demandada.

En primer lugar, la propiedad se vulnera en sus atributos de uso, goce y disposición, en tanto se le priva la posibilidad al propietario de una sociedad de designar libremente a la persona o personas que, bajo un vínculo jurídico fundamentado por

la confianza, podrán tener un amplio poder de disposición y manejo sobre los bienes de la sociedad. El ejercicio libre de su derecho a hacer uso de las facultades jurídicas que la Carta Política y la ley le otorgan como socio de una persona jurídica, se ve no sólo limitado, sino completamente abolido, lo cual atenta contra los postulados constitucionales del artículo 58 superior.

La posibilidad de que la Superintendencia nombre los administradores e inevitablemente, sea a esta a la que le respondan, sin consideración alguna de los asociados, vulnera de manera directa la garantía de oposición a intromisiones de terceros. No resulta adecuado en el esquema constitucional actual, que un administrador no responda o al menos, no se le ejerza algún grado de tutela, en favor de los propietarios de una sociedad. Reemplazar o nombrar directamente un administrador de una sociedad de naturaleza estrictamente mercantil (como se detallará en el acápite 3.3.), resulta una clara intromisión en los asuntos propios de la propiedad.

Derivado de lo anterior, la tercera vía por la cual se vulnera la protección y garantía de la propiedad privada ante la habilitación señalada en la norma demandada, se estructura ante la imposibilidad física y jurídica de los socios de (i) aprovecharse de los servicios que rinda la sociedad, (ii) recoger los productos de la explotación económica o mercantil de la misma y (iii) de disponer o enajenar los bienes que la conforman. Todo lo anterior, ocurre en tanto todas las mencionadas facultades que se ejercen a través de los administradores, quedan en manos de su remplazantes designados por la Superintendencia de Sociedades.

Es importante reiterar que si bien el derecho a la propiedad puede ser objeto de ciertas limitaciones, éstas no pueden llegar a hacerlo nugatorio. La capacidad de remoción de administradores, es una competencia que no sólo limita ciertos elementos de la propiedad, sino que implica una negación plena del derecho.

Derivado de la remoción, los propietarios de una sociedad pierden por completo el control sobre ella (uso), así mismo no pueden ejercer las facultades jurídicas sobre los bienes (disponer) y por el contrario, deben admitir la intromisión de terceros en las decisiones que afectan su propiedad. Es una competencia que vulnera todos los componentes protegidos por el artículo 58 constitucional.

Así entonces, es una competencia que implica un grado de afectación e intensidad suprema por las consecuencias que de esta deriva frente a los socios de una sociedad,

la cual, además, como se expondrá en el acápite 3.4. y 3.5., se torna desproporcionada frente los eventuales fines constitucionales perseguidos.

El grado de vulneración explicado en el presente cargo, consecuentemente estructura, el siguiente al configurarse una violación de los límites a la posibilidad de expropiación en cabeza del Estado en los términos del artículo 58 de la Constitución Política de 1991.

La norma demandada constituye una afectación total de carácter temporal del derecho de propiedad que no encuentra justificación constitucional alguna cuando se autoriza, como se hace en el texto acusado, en forma genérica, sin que medie la protección de un interés general o la garantía de la continuidad en la prestación de un servicio público de carácter esencial.

3.3. CARGO SEGUNDO. LA REMOCIÓN Y REEMPLAZO DE LOS ADMINISTRADORES DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 85 DE LA LEY 222 DE 1995, VULNERA LOS LÍMITES AL EJERCICIO DE LA EXPROPIACIÓN SEÑALADOS EN EL ARTÍCULO 58 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, AL CONFIGURARSE UNA EXPROPIACIÓN INDIRECTA.

3.3.1. Parámetro de control constitucional

Si bien en el primer cargo se analizaron los elementos de la propiedad que son objeto de protección constitucional, en este segundo acápite la argumentación gira en torno a cómo la norma demandada vulnera o desconoce los límites de la figura de la expropiación contemplada en el artículo 58 superior.

Como se ha señalado a lo largo de la demanda, la propiedad privada cumple una función social que impone cargas y deberes y puede ser objeto incluso de expropiación por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, mediante sentencia judicial e indemnización previa, por lo que una afectación a la propiedad que genere la misma consecuencia del despojo pero sin el reconocimiento y pago de la indemnización correspondiente y superado el complejo y garantista procedimiento definido en la propia Constitución se convierte en una flagrante violación del artículo 58 tantas veces citado.

La jurisprudencia ha señalado que la expropiación directa es una forma de afectación legítima de la propiedad, *“la institución de la expropiación implica una limitación constitucionalmente admisible del derecho a la propiedad privada de quien ostenta la titularidad del dominio respecto de un bien determinado”*¹². El máximo tribunal constitucional ha señalado que esta tiene tres elementos característicos: sujeto, objeto y causa. *Son sujetos de esta operación de derecho público: (i) la entidad -judicial o administrativa- con potestad expropiatoria (sujeto activo), (ii) el titular del derecho fundamental expropiado (sujeto pasivo) y (iii) la persona que se verá beneficiado por la expropiación (beneficiario). De otro lado, **el objeto material del acto de expropiación es el derecho de dominio del sujeto pasivo sobre algún bien del cual era su legítimo titular y el cual, como resultado de la expropiación, ingresa al patrimonio público. Por último, la causa es la finalidad de utilidad pública e interés social que motiva y justifica la expropiación, la cual debe estar prevista en la ley***¹³.

Así entonces, son tres los elementos fundamentales que habilitan la posibilidad de que el titular del derecho de propiedad sea despojado del mismo:

1. La existencia de una finalidad constitucional relevante, siendo esta; la utilidad pública o el interés social.
2. La intervención del poder judicial, que, en ejercicio de su independencia, emite una sentencia. La Carta sólo autoriza excepcionalmente que la expropiación se decrete por vía administrativa con el posterior control judicial, y
3. El reconocimiento y pago previo de una indemnización.

Consecuencialmente, en el derecho colombiano están proscritos los actos que generan consecuencias o imponen cargas equivalentes a la expropiación y que han sido tipificados en el derecho internacional privado como de expropiación indirecta como la negación injustificada de una licencia sin la cual se pueda llevar a cabo una inversión; la interferencia de una autoridad regulatoria gubernamental que impida la realización de un negocio jurídico básico para que se pueda realizar una inversión; la imposición de tributos excesivos o arbitrarios, que acarrearán la consecuencia de

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-474 de 2023.

¹³

hacer económicamente insostenible la inversión; o la **imposición de administradores designados por el Estado.** (C 608/2010)

Ocurre una verdadera expropiación arbitraria y prohibida en el ordenamiento constitucional colombiano cuando el Estado adopta una medida, o una serie de medidas, que llegan a afectar de tal manera el derecho de propiedad, su valor, su capacidad de explotación económica o la posibilidad de ejercer los atributos de la propiedad, sin que haya mediado la declaratoria de utilidad pública o interés social, sin la intervención judicial y el reconocimiento y pago de una indemnización, amparado en una facultad de intervención y en ejercicio de supuestas facultades de inspección, vigilancia y control cuyo alcance no llega hasta el desconocimiento de la titularidad del derecho.

La Corte Constitucional ha admitido, en el estudio de tratados internacionales de comercio, la protección a la inversión frente a actos que puedan ser catalogados como de expropiación indirecta. En esta línea, ha considerado que se ajusta a los postulados constitucionales, en particular a los principios de confianza legítima y buena fe, la estipulación de cláusulas de prohibición o de protección frente a posibles medidas que lleguen a considerarse como una expropiación indirecta no solo como protección especial a un inversionista extranjero sino porque esas medidas resultarían inconstitucionales, por violación del artículo 58 C.P., si llegasen a aplicarse a un nacional en relación con sus bienes.

Con fundamento en jurisprudencia internacional, el máximo tribunal constitucional colombiano ha señalado que para identificar la posibilidad de estar ante una acción de expropiación por vía indirecta, es necesario estudiar si *“(i) el impacto económico del acto gubernamental,; (ii) el grado en el cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión; y (iii) el carácter de la acción gubernamental”*¹⁴.

Además de las decisiones de la Corte y de los tratados internacionales, existen directrices emitidas por organismos internacionales, como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), entre otros, que han proporcionado criterios para abordar esta cuestión. Todos estos son instrumentos internacionales

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C – 031 de 2009.

considerados por la jurisprudencia constitucional como *soft law*, que constituyen un referente para la creación e interpretación legal y para el control constitucional.

3.3.2. Referentes de soft law como criterios de interpretación del parámetro de control.

La OCDE ha señalado tres criterios para facilitar la identificación de una medida como expropiación indirecta¹⁵ i) el grado de interferencia con el derecho de propiedad, ii) la naturaleza de las medidas gubernamentales, es decir, el propósito y el contexto de la medida gubernamental, y iii) la interferencia de la medida con expectativas razonables y respaldadas por la inversión. Asimismo, ha identificado dos aspectos claves para determinar la existencia de una expropiación: en primer lugar, la privación sustancial del derecho de propiedad, y en segundo lugar, el análisis de si dicha pérdida debe ser total o parcial para que se considere expropiatoria.

En este sentido, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) analizando la configuración de una expropiación indirecta en un caso específico, afirmó:

*“Para establecer si la Resolución constituye medida equivalente a una expropiación bajo los términos del artículo 5(1) del Acuerdo, es necesario determinar, en primer término, si en razón de la Resolución la Demandante se vio privada, de manera radical, de la utilidad económica de su inversión, como si los derechos relativos a ésta – por ejemplo, la percepción o goce de los beneficios asociados con el Confinamiento o su explotación - hubiesen cesado. Es decir, si a raíz de actuación atribuible a la Demandada, los bienes en cuestión han perdido valor o utilidad para quién se beneficia de los mismos, y en qué medida. **Esta determinación es importante, pues es una de las bases para distinguir, desde la perspectiva de un tribunal internacional, entre una medida regulatoria, expresión normal de la autoridad estatal en ejercicio del poder de policía, que trae consigo una disminución de los bienes o derechos del particular, y una expropiación de facto, que priva de toda sustancia real a tales bienes o derechos. Al determinar el grado en que el inversor es privado de sus bienes o derechos, se***

¹⁵ "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law

determina también si esa privación es indemnizable o no; y al concluirse sobre este último punto, se concluye igualmente si la medida en cuestión constituyó o no una expropiación de facto. Los efectos del acto o conducta bajo análisis no son pues indiferentes para determinar si tal acto o conducta configura o no una expropiación.” (negrilla fuera de texto)

Con lo anterior, el Tribunal pone de presente que es clave determinar el grado en que el inversor es privado de sus bienes o derechos, para decidir si la medida en cuestión constituye o no una expropiación de facto.

Por otra parte, el Tribunal de Reclamaciones en el caso Irán-EE.UU., indicó que, bajo el derecho internacional, *“existe privación de la propiedad también cuando existe despojo de su uso o del goce de sus beneficios, o interferencia en tal uso o goce de efectos o magnitud equivalentes, aún cuando no se afecte la titularidad legal o jurídica de los bienes en cuestión, y siempre que el despojo no sea efímero. La intención del gobierno es menos importante que el efecto de las medidas sobre quién detenta la titularidad de los bienes afectados por la medida o del beneficio derivado de aquéllos; y la forma bajo la cual se presenta la medida que origina el despojo es menos importante que los efectos reales de su impacto”.* (negrilla fuera de texto)

De esta forma señala que la privación de la propiedad ocurre cuando se despoja a alguien del uso o disfrute de sus beneficios, elementos fundamentales del derecho a la propiedad, o cuando hay interferencia en dicho uso o disfrute con efectos equivalentes, incluso si la titularidad legal de los bienes no se ve afectada como en el caso de lo que en el derecho internacional privado se tipifica como de expropiación indirecta.

En este sentido, por ejemplo, en el caso *Nations Energy Corporation vs Panamá*¹⁶, se señaló que *“una medida equivalente a una expropiación debe no sólo haber afectado de manera sustancial a los intereses patrimoniales de los inversionistas, sino también haberles privado total o parcialmente del uso o goce de su propiedad. Al respecto, es generalmente reconocido que hay expropiación indirecta cuando el inversionista ha sido efectivamente privado de la administración, del uso o del control de todo o parte de su inversión, o en el*

¹⁶ CASO No. ARB/06/19

caso de que se ocasione una disminución significativa del valor de la misma”

Así mismo en varias decisiones de este Tribunal, se ha señalado que ***“la designación de administradores gubernamentales en una empresa puede considerarse como una medida de características o efectos similares a la expropiación indirecta”***¹⁷. (negrilla fuera de texto)

De esta manera, la jurisprudencia en el marco del CIADI ha afirmado que *“en el contexto de una expropiación indirecta, la privación de aquellos derechos fundamentales debe ser de tal magnitud que lleve al Tribunal a concluir que mantener el título de la inversión no le representa beneficio alguno al inversor. Sólo en ese escenario, y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, se podría considerar que la medida o medidas en cuestión tienen características y efectos similares a una expropiación”*¹⁸.

Los casos de *“expropiación indirecta”* resultan contrarios a los postulados constitucionales, toda vez que tiene los mismos efectos de la expropiación directa en tanto afecta totalmente la propiedad, pero se ejerce mediante acciones o medidas regulatorias del Estado cuyo alcance en ninguna circunstancia llega hasta el desconocimiento de la titularidad de la propiedad. La denominada expropiación indirecta es una expropiación arbitraria, sin respaldo constitucional y en el caso de la designación de administradores constituye una grosera omisión del cumplimiento de los requisitos del artículo 58 y, como lo ha señalado la Corte Constitucional, adicionalmente desconoce los principios constitucionales de buena fe y confianza legítima, los cuales erigen del mandato del artículo 83 de la Constitución Política.

3.3.3. Síntesis del parámetro de control.

El artículo 58 de la Constitución Política autoriza que el estado decrete una expropiación pero esta debe ejercerse bajo los estrictos parámetros establecidos por el constituyente y no mediante procedimientos y artilugios que producen las mismas consecuencias sin que se hayan hecho efectivas las estrictas garantías diseñadas por el constituyente para proteger el derecho a la propiedad de la arbitrariedad gubernamental, tales como (i) la existencia de una finalidad constitucionalmente

¹⁷ Casos Sedco vs Irán, Tippetts vs Irán y Starrett Housing vs Irán

¹⁸ Caso de *Valores Mundiales y Consorcio Andino contra Venezuela* .CSID Case No. ARB/13/11

relevante, (ii) la mediación de una sentencia judicial y (iii) el reconocimiento de una indemnización.

Estos elementos se presentan como los parámetros de control constitucional a evaluar las medidas contempladas en la norma demandada que tienen una implicación confiscatoria de la propiedad como señaló en el acápite 3.2. Así entonces, se requiere realizar el examen constitucional de las medidas comparándolas con los límites de la expropiación en los términos del artículo 58 superior.

La identificación de si se está en presencia de una expropiación legítima o una “expropiación indirecta”, prohibida constitucionalmente en Colombia, derivada de medidas regulatorias del estado, ha sido desarrollada por diferentes instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Es a partir de aquellos elementos que se deberá señalar si la norma demandada configura una expropiación indirecta y por lo tanto, violatoria del artículo 58 de la constitución política.

3.3.4. Vulneración específica de la norma demandada al parámetro de control establecido en el artículo 58 constitucional sobre el ejercicio de la expropiación por parte del Estado.

En el acápite 3.2. de la presente demanda, se detalló cómo la habilitación a favor de la Superintendencia de Sociedades de remover y reemplazar los administradores de las sociedades mercantiles constituía una vulneración del derecho a la propiedad privada en tanto afectaba la posibilidad de uso, goce y disposición. Igualmente, vulneraba la capacidad de los propietarios de oponerse a intromisiones de terceros y del ejercicio libre de su derecho.

Estas consideraciones, llevan a concluir que la limitación o afectación que se deriva de la norma demandada es de tal magnitud que hace nugatorio el derecho a la propiedad. Si bien esta es una posibilidad dentro del marco jurídico constitucional, la derogatoria del derecho de propiedad sólo puede darse mediante los mecanismos legales para tal fin como, en el caso concreto: la expropiación directa.

La administración de una sociedad mercantil por parte del Estado, se configura plenamente en lo que la jurisprudencia denomina como una *expropiación indirecta*. Utilizando los criterios de identificación que ha señalado la jurisprudencia

internacional sobre la materia, se concluye que ésta habilitación del numeral 4º del artículo 85 de la ley 222 de 1995, vulnera los postulados de los artículos 58 y 83 de la Constitución.

En primer término, *el impacto económico del acto gubernamental* es de la mayor intensidad. Las sociedades que son no sólo sujeto de control, sino adicionalmente, administradas directamente por personas designadas por el Estado ven una disminución significativa de su valor en el mercado. Resulta claro que para el mercado no resulta deseable ni competitivo, una sociedad o empresa que está siendo intervenida o que ha sido objeto de toma de posesión del Estado. La confianza, la cual es un valor esencial para establecimiento del precio de una sociedad, se encuentra plenamente disminuida ante una intervención estatal de esta naturaleza.

Frente al punto referente al *grado de interferencia con expectativas razonables*, como se referenció con anterioridad, resulta legítimo y propio de la labor y responsabilidad de los administradores que éstos sean designados y removidos libremente por los asociados de una sociedad mercantil. No es acorde ni adecuado que los bienes e inversiones de los socios sean gestionados por personas ajenas que -como se señaló-, no responden a estos, ni frente a los que se puede ejercer algún control o seguimiento. El grado de interferencia en el derecho de la propiedad es total, como se explicó en el acápite 3.2.

Por último, es importante mencionar el análisis con relación al carácter de la acción gubernamental. Esta guarda relación con la finalidad u objetivo de la misma, la cual será estudiada en profundidad en el acápite 3.4. de la presente demanda. Sin embargo, es importante mencionar, que no se puede desconocer que la medida objeto de reproche constitucional, la cual en principio pareciera ser transitoria, no tiene un límite claro en el ordenamiento jurídico, lo cual aumenta la intensidad en la afectación de la intervención. De acuerdo con el parágrafo del artículo 85 de la ley 222 de 1995, el control y por ende, la remoción de los administradores es una medida que está sujeta a la plena discrecionalidad del Superintendente de Sociedades.

Establece la mencionada norma: *“Las sociedades sujetas a la vigilancia o control por determinación del Superintendente de Sociedades, podrán quedar exonerados de tales vigilancia o control, cuando así lo disponga dicho funcionario”*. Resulta claro que ante una situación que puede ser perpetuada en el tiempo a discrecionalidad del funcionario, no resulta posible establecer con facilidad un

criterio de proporcionalidad en la que este sea utilizado con respecto a la finalidad u objetivo perseguido.

La medida contemplada en la norma demandada constituye, sin lugar a duda, un típico caso de lo que se denomina expropiación indirecta, que como se ha sostenido reiteradamente está proscrita en nuestro ordenamiento jurídico. Es claro que el grado de afectación sobre el derecho a la propiedad es de tal magnitud que los socios son afectados plenamente en su derecho al uso, goce y disposición, en tanto todos estos atributos se ejercen por parte de un tercero ajeno a éstos y su confianza. Así mismo, tiene un efecto altamente significativo en el valor del bien y su inversión en el mercado.

En la práctica ocurre una negación del derecho a la propiedad a través de una “expropiación indirecta” que atenta contra lo establecido en el artículo 58 superior y, como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, contra los principios de confianza legítima y buena fe del propietario.

3.4. TERCER CARGO. LA DISPOSICIÓN DEMANDADA IMPONE UNA LIMITACIÓN AL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA Y A LA LIBERTAD ECONÓMICA DESPROPORCIONADA E IRRAZONABLE QUE NO RESPONDE A LOS POSTULADOS QUE HABILITAN LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA EN LOS TÉRMINOS DE LOS ARTÍCULOS 58, 333 Y 334 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

3.4.1 Parámetro de control constitucional.

Los artículos 333 y 334 superiores se estructuran como un eje esencial del modelo constitucional colombiano, en tanto fijan la pauta del régimen económico y de mercado del Estado. Son varias las reglas que se desprenden de éstos artículos que exigen un análisis frente a las normas demandadas.

El Estado al pretender intervenir en la economía debe expresamente buscar garantizar, al menos, uno de los siguientes objetivos constitucionales: (i) el interés social, (ii) el ambiente, (iii) el patrimonio cultural, (iv) el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, (v) la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, (vi) la preservación de un ambiente sano, (vii) el acceso al conjunto de bienes y servicios básicos por parte de la población, en especial, aquellos

de menores ingresos y (viii) la promoción de la productividad y competitividad de las regiones.

Si no existe o no se presenta una de estas finalidades taxativamente señaladas por los artículos 333 y 334 de la Constitución, la intervención del Estado en la economía no cumpliría con los requisitos necesarios para afectar el principio de la libertad económica y de la libre competencia, y por ende no se podría aplicar.

Las normas de intervención en la economía deben tener y señalar de manera clara y expresa (i) el objetivo constitucional pretendido y (ii) precisar el alcance de su medida para (iii) definir el límite que se le impondrá a libertad económica.

Por su parte, las medidas deben responder a estrictos criterios de proporcionalidad y razonabilidad. El legislador tiene la obligación de establecer eventuales intervenciones diferenciadas dependiendo del mercado, la actividad económica y los productos o bienes objeto de regulación. Lo que se pretende con la proporcionalidad es que justamente no haya unas medidas regulatorias homogéneas porque simplemente hay sectores del mercado que resultan ser más relevantes para los fines constitucionales que otros. Algunos bienes o servicios de la economía podrían poner en juego la garantía de derechos fundamentales y otros no.

En cuanto a la metodología propuesta en estos casos, la misma Corte ha caracterizado los pasos que debería cumplir un test de esta naturaleza para determinar la razonabilidad de una actuación que implica una limitación a un derecho. Al respecto señaló:

*“Según el principio de proporcionalidad, una restricción de los derechos fundamentales podrá considerarse constitucionalmente aceptable **siempre y cuando no vulnere una garantía constitucional específica** (como por ejemplo la prohibición de la pena de muerte o el derecho a una defensa técnica en materia penal) y **supere el test o juicio de proporcionalidad**. Este juicio quedará superado cuando: 1) tal restricción persiga un **fin constitucionalmente legítimo**; 2) constituya un **medio idóneo para alcanzarlo**; 3) **sea necesaria**, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto; 4) **exista proporcionalidad entre los costos y los***

beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada.¹⁹
(Negrilla fuera de texto)

Así, ha indicado la Corte que este juicio se justifica en la medida en que *“ningún órgano o funcionario público puede restringir los derechos sino cuando se trata de una medida estrictamente necesaria y útil para alcanzar una finalidad constitucionalmente valiosa y cuando el beneficio en términos constitucionales es superior al costo que la restricción aparece²⁰”*. A partir de ello, *“cualquier restricción que no supere este juicio carecerá de fundamento constitucional y, por lo tanto, debe ser expulsada del mundo del derecho”²¹*.

La falta de satisfacción de alguno de los anteriores pasos significará que la medida que se analiza no resulta razonable a la luz de la Constitución y, por tanto, debe ser retirada del ordenamiento.

Con este fin en el siguiente acápite se hará un análisis de la norma demandada en los estrictos términos de finalidad y proporcionalidad que se establecen en los artículos 333 y 334 de la Constitución y de las limitaciones al derecho de la propiedad privada señalados en el artículo 58 superior.

3.4.2 Vulneración específica al parámetro de control constitucional.

La habilitación de la norma demandada es contraria al texto de los artículos 58, 333 y 334 de la Constitución, en tanto genera una limitación al derecho a la propiedad privada y a la libertad económica que no supera un juicio de razonabilidad y proporcionalidad.

En primer término, resulta esencial encontrar los fines constitucionalmente relevantes que se pretenden alcanzar con las medidas establecidas en el artículo demandado. Como se ha señalado, la acción se encuentra en el marco de la figura del “control”, la cual resulta ser la medida más gravosa o de mayor intensidad frente al libre ejercicio de la actividad económica. En este sentido, el inciso primero del artículo 85 de la ley 222 de 1995, señala que el *control* se ejerce para *“subsana una*

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-575 de 2009.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-720 de 2007.

²¹ *Ibíd.*

situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad comercial no vigilada por otra superintendencia”.

La Superintendencia de Sociedades queda facultada para tomar diferentes medidas, órdenes y correctivos que, en principio, deberían tener el objetivo de subsanar o restaurar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad comercial.

Un punto de especial importancia para el problema jurídico constitucional que se le plantea a la Corte resolver en la presente demanda, son los sujetos o particulares frente a quienes van dirigidas este tipo de medidas. Como se evidencia del texto demandado, la facultad de la Superintendencia se da frente a sociedades mercantiles que no estén bajo la vigilancia de otra superintendencia.

De lo anterior, hay que subrayar dos elementos esenciales: (i) sociedades mercantiles y (ii) exclusivamente sobre sociedades que no estén vigiladas por otra entidad. Estos componentes son determinantes para identificar la relevancia constitucional o no, de una medida como la contemplada en el numeral 4º de la ley 222 de 1995.

El Estado colombiano cuenta con diferentes superintendencias por sectores que, precisamente se justifican debido a la especial relevancia de unas determinadas actividades económicas, bien sea por su estrecha relación con el ejercicio o garantía de un derecho fundamental o por que las empresas que hacen parte de ese sector prestan un servicio público. Es el caso, por ejemplo, de las superintendencias de notariado, financiera, vigilancia, servicios públicos domiciliarios o transporte en las cuales se vigila el mercado de empresas que prestan servicios públicos y que por lo tanto, tienen una especial relevancia constitucional.

Así entonces, las sociedades que pueden ser objeto de control de la Superintendencia de Sociedades, son aquellas de naturaleza eminentemente mercantil y que su actividad comercial no guarda conexión ni con la prestación de un servicio público, ni con la garantía de un derecho fundamental. Se hace especial énfasis en este punto con el fin de determinar cuál resulta ser la relevancia constitucional que justifica o que hace necesaria la intervención del Estado en unas determinadas sociedades a tal punto de remover y reemplazar los administradores de éstas, con las consecuencias

al derecho de la propiedad privada en los términos en los que se ha expuesto en esta demanda²².

Resulta importante señalar que el ordenamiento jurídico actual, no contempla una limitación sobre las sociedades frente a las cuales se puede ejercer control por parte del Superintendencia de Sociedades, contrario a lo que sí ocurre frente aquellas bajo vigilancia. El Decreto 1074 de 2015, estableció ciertas causales de vigilancia como un mínimo de activos o ingresos, situaciones relacionadas con pasivos pensionales o por reestructuración empresarial. Estas determinaciones deben ser interpretadas únicamente para la función de vigilancia, más no frente a aquellas relacionadas con la inspección o control, como es el caso objeto de la presente demanda²³. Por lo tanto, las funciones entorno al control tienen un amplio margen frente a los sujetos a los cuales resulta aplicable.

Esta capacidad para intervenir es bastante amplia y no distingue entre las diferencias inherentes entre estos tipos de sociedades, lo cual podría llevar a la aplicación de medidas de control con un grado de intensidad desproporcionado. Existen variaciones significativas en tamaño, estructura y operaciones entre, por ejemplo, una gran corporación y una pequeña empresa unipersonal. Por esta razón, se debería considerar una aplicación más específica y proporcional de estas funciones de control, ajustándose a las particularidades de cada tipo de entidad para garantizar una supervisión justa y efectiva.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido clara en exigir que las intervenciones en el mercado o las medidas contempladas por el legislador *“debe tener en cuenta el tipo de actividad que desarrollan las empresas a las que va dirigida la regulación, su estructura organizativa, el mercado en el que se insertan,*

²² Adicional a ello, el Decreto 1736 de 2020 señala como una de las funciones generales de la Superintendencia de Sociedades “5. Someter a control a **cualquier sociedad comercial, sucursal de sociedad extranjera o empresa unipersonal** no vigilada por otra Superintendencia, y ordenar los correctivos necesarios para subsanar las situaciones críticas de orden jurídico, contable, económico y administrativo de esa compañía”.

El enunciado indica que la Superintendencia tiene la potestad de poner bajo control a cualquier tipo de sociedad comercial, sucursal de una sociedad extranjera o empresa unipersonal que no esté bajo la supervisión de otra entidad.

²³ En estos términos exactos ha sido interpretado por la Superintendencia de Sociedades. Ver: <https://www.supersociedades.gov.co/documents/20122/1229078/GUIA-FUNCIONES-ADMINISTRATIVAS-Y-JURISDICCIONALES.pdf>

el tipo de financiamiento al que apelan, el servicio que prestan o en bien que producen o distribuyen, etc.”²⁴.

De esta manera, el problema jurídico de naturaleza constitucional que se pone de presente en este punto es: ¿La facultad para remover y reemplazar administradores, revisores fiscales y empleados de sociedades eminentemente comerciales por parte de la Superintendencia de Sociedad, resulta ajustada a los parámetros de finalidad estricta y relevancia constitucional que deben tener las medidas regulatorias o intervencionistas del Estado en el derecho al libre ejercicio de la actividad económica?

No puede ser analizado de igual manera, desde el punto de vista constitucional, la facultad establecida en la norma demandada frente a sociedades mercantiles sin ninguna relación con la prestación de un servicio público esencial o la garantía del goce efectivo de un derecho fundamental, que aquellas que si la tengan. Tener en cuenta el tipo de actividad que desarrollan las empresas es fundamental para justificar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una medida.

En relación con la toma de posesión o sometimiento a control como medida de intervención estatal ha señalado la Corte Constitucional que es una forma de intervención de carácter extremo por parte del Estado en la que una Superintendencia asume la administración de un proveedor, con el propósito de administrarlo o liquidarlo, según la condición de la empresa²⁵. Esta figura ha sido, incluso, estrictamente analizada en su proporcionalidad y gradualidad en empresas que prestan servicios públicos domiciliarios.

Las medidas de carácter preventivo se aplican cuando los prestadores de servicios públicos domiciliarios incumplen repetidamente los índices de eficiencia, los indicadores de gestión y las normas de calidad establecidos por la ley. En tal caso, las Superintendencias pueden ordenar la destitución de gerentes o miembros de las juntas directivas de sus respectivos cargos.

En el caso concreto, resulta que no pareciese ser suficiente justificación el buscar restaurar el orden contable, económico o administrativo interno de una sociedad con exclusivo interés privado, so pena de la medida de mayor intensidad posible (dentro

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-620 de 2016.

²⁵ Sentencia C-895 de 2012

de un marco ya bastante gravoso como lo es el control), como la remoción y reemplazo de los administradores, revisores fiscales o empleados por parte de una entidad estatal. Sin embargo, en gracia de discusión se continuará con el examen de proporcionalidad expuesto en sus siguientes niveles.

Así entonces, se debe verificar si la medida escogida por el legislador, esto es la remoción de administradores, revisor fiscal y empleados, cuando se presenten irregularidades que así lo ameriten, resulta idónea para la consecución de esos fines. Sobre este aspecto podría presentarse otro reproche constitucional en el sentido en el que, si bien las causales de control en general están encaminadas a corregir situaciones críticas de orden jurídico, contable, económico o administrativo, no es diáfano ni directo que esa finalidad se cumpla al remover administradores, revisor fiscal y empleados. No existe garantía que la remoción de un administrador y por ende, el reemplazo por parte del Estado pueda ejercer de mejor manera su labor que aquel que ha sido designado libremente por los asociados de una sociedad.

Ahora, asumiendo que la medida fuera adecuada o idónea, en definitiva puede considerarse que esta no es necesaria, en el sentido en que existen formas menos gravosas de conseguir los fines perseguidos. En efecto, la remoción de administradores, revisor fiscal y empleados no solo no es una alternativa adecuada, sino que además el mismo artículo 85 contempla otras siete formas de conseguir el objetivo para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo, que no contemplan la afectación de tal intensidad a la propiedad como la que se ha expuesto en la presente demanda.

El grado de control es una medida estatal, que si bien encuentra sustento constitucional, entre otras, en varios numerales del artículo 189 superior, ésta debe ejercerse con estricto apego a las garantías constitucionales y debe distinguir, como lo hace la propia Carta, su grado de aplicabilidad en función de la naturaleza de la persona jurídica de la que se trate, del tipo de actividad que ejerce y de la implicación en la garantía de la prestación de un servicio público esencial o de la provisión de un bien o un servicio requerido para el goce de un derecho fundamental. Reparar el orden jurídico, contable, económico o administrativo puede lograrse con diferentes medidas que no implican llegar a una que, como se expuso, se configura como una expropiación indirecta. La remoción de los administradores en la medida más extrema, incluso dentro de las medidas más gravosas que contempla el ordenamiento jurídico.

Al verificar si esta no sacrifica excesivamente otros intereses de mayor peso constitucional, es claro que la norma también incurre en esa falencia. En efecto, como quedó explicado en el acápite 3.2., la restricción que propone el numeral 4^o implica un desconocimiento a la propiedad constitucionalmente protegida. Así, al balancear los costos y los beneficios que implica la medida adoptada, es claro que con ella se genera una afectación desproporcionada a la propiedad privada sin que ello tenga una contraprestación de gran relevancia constitucional o de protección de un fin esencial del Estado. En efecto, al aceptar una medida como la que es objeto de demanda se estaría sacrificando el derecho a la propiedad para mantener una restricción que, como se ha explicado, no resulta adecuada ni necesaria para lograr los fines que busca.

Así las cosas, al aplicar al caso concreto la metodología del juicio de razonabilidad se llega a la conclusión de que la limitación al derecho de propiedad que impone la causal 4^a del artículo 85 de la Ley 222 de 1995 no resulta razonable ni proporcional a la luz de la Constitución y, por tanto, esta debe ser declarada inexecutable.

En efecto, a pesar de que incluso debido al tipo de empresas o sociedades a las que la medida está dirigida -como se desarrolló- la medida no satisface con claridad la justificación o finalidad constitucional, también es cierto que aquella: i) no resulta adecuada para alcanzar ese fin, pues en vez de tomar una medida preventiva para contrarrestar futuros daños a terceros, a la misma sociedad y a sus socios, impone una afectación a la propiedad privada de estos de manera prolongada en el tiempo al arbitrio del Superintendente; ii) no es necesaria, pues existen al menos otras siete causales que lograrían el mismo fin de una manera menos gravosa para el derecho a la propiedad privada; iii) tampoco es proporcional pues sacrifica de forma excesiva la propiedad privada sin generar un beneficio equivalente para el fin buscado. A partir de ello, no existen motivos constitucionalmente válidos para mantener la norma dentro del ordenamiento jurídico.

3.5. CUARTO CARGO. LA NORMA DEMANDADA OTORGA A LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES UN FACULTAD QUE DESBORDA LAS FUNCIONES DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL QUE LA CONSTITUCIÓN ATRIBUYE AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN LOS NUMERALES 21, 22, 24 Y 26 DEL ARTÍCULO 189.

3.5.1. Parámetro de control

Las funciones de inspección, vigilancia y control son formas de intervención estatal que conllevan restricciones importantes al libre ejercicio de las actividades privadas (artículos 16 y 333 C.P.), al derecho de asociación (artículo 38 C.P.) y a la reserva de la información privada (artículo 15 C.P.), entre otros derechos fundamentales. Su ejercicio corresponde al Presidente de la República, de conformidad con la ley, el cual ha sido delegado en las superintendencias, las cuales deben ofrecer las garantías constitucionales relacionadas con el debido proceso y el principio de legalidad sancionatoria (artículo 29 C.P.).

Aunque tradicionalmente han sido tratadas como un solo conjunto de facultades y agrupadas bajo el concepto de “inspección, vigilancia y control”, lo cierto es que cada una de esas categorías denota una intensidad diferente de intervención que tiene bien establecida la jurisprudencia.

Adicionalmente, para este caso en particular, resulta relevante distinguir las personas jurídicas de las que se predica cada una de dichas categorías. Así por ejemplo, el artículo 189 de la Constitución le asigna al Presidente de la República funciones de inspección, y vigilancia, pero no de control sobre la enseñanza (numeral 21), ni sobre las instituciones de utilidad común (numeral 26) ni los servicios públicos (numeral 22,), así como tampoco se refiere al control en los artículos 15, 26, 52, 67, mientras que sobre las actividades financiera, bursátil, aseguradora, así como de las entidades cooperativas y las sociedades comerciales si le atribuye facultades de inspección, vigilancia y control (numeral 24), de la misma manera que lo hace con las empresas de servicios públicos domiciliarios (artículo 370) y con el Banco de la República (artículo 372).

Es claro que el constituyente quiso diferenciar el nivel de intervención en función de la naturaleza de la entidad vigilada y de las actividades que desarrollan, por lo que resultaría contrario al contenido de la Carta asumir que la superintendencia de sociedades pueda ejercer sobre todo tipo de sociedades el mayor nivel de intervención posible como es el despojo -así sea transitorio- de los atributos de uso, goce y disposición sobre los bienes que forman parte del patrimonio de las entidades intervenidas

La jurisprudencia de la Corte tiene definido en forma pacífica que:

(i) la inspección se refiere a la posibilidad de solicitar y/o verificar información o documentos en poder de las entidades sujetas a control;

(ii) la vigilancia alude al seguimiento y evaluación de las actividades de la autoridad o entidad sometida a ella; y

(iii) el control en estricto sentido abarca la posibilidad del ente que ejerce la función de ordenar correctivos, que pueden llevar hasta la revocatoria de la decisión de la entidad controlada y la imposición de sanciones.

Adicionalmente, la Corte ha establecido que “la inspección y la vigilancia podrían clasificarse como mecanismos leves o intermedios de control, cuya finalidad es detectar irregularidades en la prestación de un servicio, mientras el control conlleva el poder de adoptar correctivos, es decir, de incidir directamente en las decisiones del ente sujeto a control”. En consonancia con esta noción, la Corte ha entendido que el nivel de intervención estatal obedece a un criterio de gradualidad, de modo que entre mayor sea la gravedad de la situación de anormalidad de la entidad vigilada, más intenso debe ser el alcance de la competencia utilizada.

Si bien la Corte ha reconocido un amplio margen de configuración del legislador para definir el alcance de las medidas de intervención, con base en el artículo 150 superior, numeral 8°, también ha señalado que “en ningún caso puede implicar el desbordamiento de las facultades de inspección, vigilancia y control establecidas constitucionalmente. En otras palabras, la ley no puede otorgar cualquier competencia ni asignar cualquier contenido a las referidas atribuciones, pues debe atender a límites constitucionales tales como: (i) la razonabilidad y proporcionalidad de las restricciones; (ii) el deber de imparcialidad; (iii) la prevalencia de los derechos fundamentales; (iv) el principio de legalidad; (v) el propio contenido sustancial de las facultades de inspeccionar, vigilar y controlar; y (vi) la atribución constitucional de competencias a otras autoridades públicas. En este orden de ideas, las medidas legislativas no pueden tornar nugatoria la autonomía de los particulares vigilados” (Corte Constitucional. Sentencia 429 de 2019)

3.5.2 Vulneración específica al parámetro de control constitucional.

Con la expedición de la norma demandada, el legislador transgredió su límite competencial en tanto:

- i. Autoriza la “toma de posesión”, que es el despojo -al menos transitorio- de las facultades del propietario (socios) respecto de sus bienes, autorización que desborda en mucho los límites de las facultades de inspección, vigilancia, e

incluso de control, ya que en este último caso la adopción de medidas correctivas solo puede incluir, excepcionalmente, la designación de administradores por el Estado cuando sea estrictamente necesario para garantizar la continuidad de la prestación de un servicio público de carácter esencial que no se pueda suplir de otra manera, o, como ocurre en la actividad financiera para evitar un colapso económico, riesgos que en la legislación colombiana se encuentran previstos en otras normas legales distintas a las demandadas las cuales solo abren opciones de arbitrariedad contrarias a la Constitución.

- ii. Adopta causales que no cumplen el principio de legalidad en tanto no son específicas, ni precisas que garanticen al destinatario de la medida saber cuál es la conducta prohibida o el deber que debe cumplir y cuál la consecuencia que se deriva de su incumplimiento (C 044/23)
- iii. Impone una carga que desconoce los principios de razonabilidad y proporcionalidad, incluso si se aceptara que estuviéramos frente a actividades sujetas a niveles intensos de regulación -distinción que no surge de la norma acusada-, dado que, sin justificación constitucional, afecta el núcleo esencial del derecho de propiedad y libertad económica.
- iv. Establece una medida de carácter sancionatorio, derivada del incumplimiento de ordenes u otras normas jurídicas, con desconocimiento de las garantías básica del debido proceso.

IV. SINTÉSIS Y CONCLUSIONES

La presente demanda se da contra el numeral 4º del artículos 85 de la ley 222 de 1995, por vulneración directa de los artículos 58, 85, 333 y 334 de la Constitución Política. El reproche constitucional contra la mencionada norma, se sustenta en tres cargos específicos así:

4.1. La competencia de la Superintendencia de Sociedades de remover y reemplazar los administradores, revisores fiscales y empleados de las sociedades mercantiles, resulta vulneratoria de la protección y garantía de la propiedad en tanto: (i) hace nugatorio el ejercicio de los atributos al uso, goce y disposición al privar al propietario de una sociedad de designar libremente la persona o personas que, bajo un vínculo jurídico fundamentado por la confianza, podrán tener un amplio poder

de disposición y manejo sobre los bienes e intereses de la sociedad, (ii) el ejercicio libre de su derecho a hacer uso de las facultades jurídicas que la Constitución y la ley le otorgó como socio de una persona jurídica se ve no sólo limitado, sino completamente abolido, (iii) resulta una intromisión de terceros no legítimos en los asuntos propios de la propiedad, (iv) se limita a los socios a aprovecharse de los servicios que rinda la sociedad, recoger los productos de la explotación económica de la misma y (iii) de disponer o enajenar los bienes que la conforman, ya que éstas acciones son ejercidas a través de los administradores designados por el Estado.

4.2. La norma demandada vulnera los requisitos y parámetros de la expropiación contemplados en el artículo 58 superior, en tanto esta es una medida que se configura como una expropiación indirecta toda vez que tiene un extremo grado de afectación en la propiedad, interfiere de manera suprema en las expectativas razonables del propietario o inversionista y su propósito no satisface un motivo de interés superior.

Así entonces, esta medida atenta contra los principios de la confianza legítima y buena fe en los términos desarrollados por la Corte Constitucional y atenta contra la obligación constitucional de adelantar una expropiación por intermedio de una sentencia judicial y con indemnización previa de conformidad el artículo 58 de la Constitución Política.

4.3. La remoción y reemplazo de los administradores de una sociedad mercantil es una medida que no responde a los postulados y requisitos de la intervención del Estado en la economía contemplados en los artículos 333 y 334 de la Constitución, toda vez que no satisfacen la necesidad de una finalidad superior al no contemplar que éstas son sociedades con inminente interés particular y que no tienen ninguna inherencia en la prestación de servicios públicos o garantía derechos fundamentales, lo cual eventualmente podría encontrar algún grado de relevancia constitucionalidad.

La medida atenta contra los principios de proporcionalidad y razonabilidad que deben guiar el accionar regulatorio estatal de la economía, toda vez que, aunado a la ausencia de relevancia constitucional, se somete a estas sociedades a la medida de mayor intensidad, incluso dentro de las de mayor afectación al derecho a la propiedad y el libre ejercicio de la actividad privada, a pesar de que ésta no garantiza idoneidad y mucho menos, necesidad en comparación con otras acciones menos onerosas para la protección de las garantías constitucionales.

4.4. De esta manera se satisfacen las condiciones para la admisibilidad de la presente demanda al presentar de manera clara y lógica los argumentos que estructuran cada uno de los cargos de inconstitucionales en comparación con los parámetros de control y cada una de las normas demandadas. Así mismo, se expusieron con certeza las proposiciones jurídicas que se derivan de las normas demandadas, señalando expresamente su alcance de manera plausible y objetiva frente al enunciado normativo.

Por su parte, cada uno de los cargos fue presentado de tal manera que existe precisión entre el parámetro de control constitucional específico que se argumenta como vulnerado y la contradicción que representan los preceptos o contenido normativo de los artículos demandados.

V. PRETENSIONES.

Respetuosamente solicito a la Corte Constitucional:

1. **ADMITIR** la presente acción pública de inconstitucionalidad contra el numeral 4º del artículo 85 de la ley 222 de 1995.
2. **DECLARAR LA INEXEQUIBILIDAD** del numeral 4º del artículo 85 de la ley 222 de 1995.

VI. COMPETENCIA

Se reitera que la Corte Constitucional es competente para conocer sobre el presente asunto, por tratarse de una demanda que se presenta contra una ley en ejercicio de la ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD de la que trata el Decreto 2067 de 1991, y particularmente, de conformidad a lo normado en el numeral cuarto del artículo 241 constitucional.

VII. NOTIFICACIONES

En los términos referidos en los artículos 2, 3, 6, y 8 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el suscrito demandante solicita a la Corte Constitucional que cualquier decisión que se profiera dentro de la presente causa procesal sea notificada mediante el envío de la providencia respectiva como mensaje de datos a la dirección de correo electrónico riveroshector@gmail.com o contacto@riverosconsulting.co. En



RIVEROS
CONSULTING GROUP
- 2018 -

www.riverosconsulting.com
Carrera 13 No. 93-35 Bogotá
contacto@riverosconsulting.com

cualquier caso, mi dirección para notificaciones es la Carrera 13 No. 93-35 Piso 6 y mi teléfono es 3153282552.

De los Honorables Magistrados,

HÉCTOR RIVEROS SERRATO
CC. 19.445.020